

“Los Retos Jurídicos De Los Esquemas De Economía Compartida: Caso Uber”

María Luisa Aguilar Urrea & Elisa Echeverría Botero.

Asesor: Jorge Andrés Betancourt Toro.

Octubre 2015.

Monografía para optar al título de abogadas

Escuela de Derecho.

Universidad Eafit.

Tabla de contenidos

| | |
|---|-----------|
| 1. Introducción | 4 |
| 2. Marco Teórico | 6 |
| 2.1 ¿En qué consisten los esquemas de economía colaborativa o sharing economy? | 6 |
| 2.2 El Derecho de la Competencia en Colombia: breve estudio sobre las principales normas que desarrollan los principios de libertad económica y libre iniciativa privada, consagrados en el art. 333 de la Constitución Política..... | 10 |
| 2.2.1 Acuerdos restrictivos de la competencia | 14 |
| 2.2.2 Abusos de la posición dominante | 15 |
| 2.2.3 Actos restrictivos de la competencia | 17 |
| 2.2.3.1 La publicidad engañosa..... | 18 |
| 2.2.3.2 Acuerdo de precios | 19 |
| 2.2.3.3 Negativa a la venta o discriminación como consecuencia de la política de precios..... | 19 |
| 2.2.3.4 Competencia desleal: entendida como un subgénero dentro de los actos restrictivos de la competencia..... | 20 |
| 2.3 La tributación en la economía tradicional..... | 26 |
| 2.3.1 El impuesto sobre la renta y complementarios | 27 |
| 2.3.2 El impuesto sobre la renta para la equidad CREE..... | 28 |
| 2.3.3 Impuesto a la Riqueza..... | 29 |
| 2.3.4 Impuesto sobre las Ventas | 29 |
| 2.3.5 Gravamen a los movimientos financieros | 30 |
| 2.3.6 Impuesto de Industria y Comercio y Avisos y Tableros | 30 |
| 3. Desarrollo del problema | 37 |
| 3.1. La Competencia Desleal en los esquemas de economía colaborativa: una aproximación al problema..... | 37 |
| 3.1.1 El contrato de transporte..... | 37 |
| 3.1.1.1 El transporte público especial | 39 |
| 3.1.1.2 El transporte público individual..... | 40 |
| 3.1.1.3 ¿Cuál es la verdadera naturaleza del servicio prestado por Uber?..... | 41 |
| 3.1.2 Esquema de economía compartida (Uber) vs. Esquema tradicional (Taxis): un análisis bajo la óptica de las prácticas restrictivas de la competencia..... | 42 |
| 3.1.2.1 Acuerdos restrictivos de la competencia (carteles)..... | 42 |
| 3.1.2.2 Abusos de posición dominante | 43 |
| 3.1.2.3 Actos restrictivos de la competencia..... | 44 |
| 3.2. Retos en materia fiscal en la Economía Digital. | 45 |
| 4. Conclusiones | 49 |

Lista de Tablas

| | | |
|-------------------|--|------------------|
| <i>I.</i> | <i>Tabla 1: Impuestos sociedades colombianas.....</i> | <i>32</i> |
| <i>II.</i> | <i>Tabla 2: Impuestos esquema colaborativo.....</i> | <i>36</i> |

1. Introducción

La actividad económica está avanzando de forma permanente; en muchos casos a una velocidad mayor a la legislación. Los esquemas de economía tradicional bajo el cual ha funcionado hasta ahora el modelo capitalista, están siendo retados por lo que se ha denominado como la *sharing economy*, o economía colaborativa, en la cual el consumidor no está interesado en adquirir los productos y servicios de empresas constituidas bajo esquemas clásicos, sino que espera satisfacer sus necesidades a través del acceso temporal a bienes o servicios prestados por otros consumidores.

Esta revolución económica trae consigo conflictos jurídicos que plantean importantes retos a los legisladores; regular los nuevos esquemas colaborativos igualando las cargas legales a las impuestas a aquellos esquemas tradicionales, o replantear las normas modernizándolas como respuesta a los nuevos desarrollos económicos y de mercado.

Se han identificado como las principales acusaciones realizadas a los negocios desarrollados a través de economías colaborativas, el hecho de incurrir en prácticas de competencia desleal, debido al incumplimiento de normas o controles propios del desarrollo de la actividad, que les otorga una ventaja frente a los competidores de la economía tradicional. Así mismo, se les acusa de incumplir las leyes orientadas a garantizar los derechos de los consumidores, y por último, se critica el hecho de favorecerse con bajas o nulas cargas impositivas debido a su modelo de negocio.

Encontramos entonces necesario, a través del desarrollo de esta monografía, responder a la pregunta de cuáles son los principales retos que plantean los esquemas colaborativos al Derecho, identificando las perplejidades que surgen de los mismos frente a la economía tradicional y planteando posibles soluciones, estableciendo como premisa que debería existir un equilibrio entre las normas relativas al derecho de la competencia y las tributarias, sin desconocer la nueva realidad económica que supone la *sharing economy*.

2. Marco Teórico

2.1 ¿En qué consisten los esquemas de economía colaborativa o *sharing economy*?

Es navidad, 24 de diciembre. Ha llegado la noche y las personas quieren llegar a su casa para celebrar con su familia, es imposible conseguir transporte público, los pocos disponibles se niegan a llegar hasta las afueras de la ciudad. Por las condiciones de inseguridad del país y la desconfianza generalizada que eso ha acarreado en sus ciudadanos, es improbable que se decida salir a probar suerte o pedir a un desconocido que te acerque a tu casa. De tal forma que un esquema colaborativo que garantice seguridad, que no te van a preguntar tú destino para no prestarte el servicio, y que además puedes pagar con tu tarjeta de crédito, se vuelve una alternativa muy interesante.

Piénsese por ejemplo en un grupo de amigas que salen de vacaciones, han ahorrado durante el año para pasar el fin de año juntas. Han escogido como destino Cartagena. Los hoteles no tienen ninguna disponibilidad debido a los múltiples eventos que allí se celebran durante el año. Existe una aplicación que permite conectar a personas que tienen espacio en sus casas o apartamentos y a aquellos que están buscando dónde hospedarse, a precios muy bajos y con toda la seguridad y confiabilidad.

Como los dos casos anteriores hay muchos otros, pero tienen una característica en común: el deseo de las personas de acceder por un lapso de tiempo a un recurso; usarlo y sacarle

provecho, más que tener el dominio sobre éste. La ocurrencia repetitiva de este tipo de situaciones fue la originó la figura conocida como *sharing economy*.

Compañías como Airbnb, Uber, entre otras, han sorprendido al mundo con su rápido crecimiento. Actualmente hay más de 10,000 compañías bajo el esquema de la *sharing economy*, entre ellas hoteles, restaurantes, alquileres de vestuario, servicios de renta, limpieza, acompañamiento personal de compras, entre otros. (The New York Times, 2015)

Se estima que al menos 425,000 personas por noche se hospedan a través de la plataforma de Airbnb, empresa que se valora en 13 billones de dólares, cifra que representa la mitad de lo que vale la cadena de hotelería Hilton, sin mencionar que esta última lleva muchísimo más tiempo en el mercado. Uber por su parte, se encuentra dentro de las 150 compañías más grandes del mundo, con un capital de 41.2 billones de dólares, quedando por encima de grandes empresas como FedEx, Delta, entre otros. (The New York Times, 2015)

Podría decirse que es la evolución al esquema tradicional de consumo, en donde se suponía que los consumidores usaban, gozaban y disponían únicamente de lo que les pertenecía, es decir, de aquello frente a lo cual se reputaban dueños. Hoy en día, la idea principal no es tener la propiedad exclusiva sobre los bienes, sino poderlos disfrutar y beneficiarse de ellos aun sin ser su dueño.

En la economía tradicional, la organización es piramidal, donde miles de consumidores se encuentran en la base y unos cuantos productores en la cima, debido a los costos de transacción. El consumidor aquí es pasivo. Surge la necesidad de encontrar un mecanismo de adaptación para que esos consumidores pasen de ese estado pasivo a uno más proactivo, es

decir, que se conviertan en pro consumidores. ¿Para qué generar un papel más activo de los consumidores? Así se les permite participar en la distribución, creación, comercio de bienes y servicios e involucrarse en la cadena de producción y distribución. Es pasar de esa estructura piramidal a una horizontal. (Radjou & Prabhu, 2015)

Tal como lo explican Bostman y Rogers en su obra *“What’s mine is yours”*, el consumo colaborativo se basa en la confianza mutua, la buena fe negocial entre el consumidor y el proveedor, confianza que es supremamente importante, partiendo de la base de que ambos sujetos son desconocidos. Este esquema funciona en pro de sacarle provecho a los bienes subutilizados pertenecientes a una persona. (Bostman & Rogers, 2010)

El objetivo de este esquema es generar la posibilidad entre las personas de poder compartir bienes y servicios que son subutilizados y de los cuales pueden percibir unos ingresos extra, de tal forma que se trata de la decisión libre de poner a disposición de otros consumidores, que requieren satisfacer unas necesidades puntuales y que encuentran en este esquema una alternativa a la economía tradicional.

Es importante hacerse la siguiente pregunta : ¿si el bien o servicio compartido es de origen privado, por qué sobre regular o prohibir el hecho de querer compartirlo a cambio de lucrarse de ello? Es necesario establecer si el exceso de regulación atenta contra la libertad negocial y autonomía de la voluntad, llegando a un paternalismo regulatorio cuyo exceso puede suponer el desconocimiento de los nuevos modelos económicos.

Por otro lado, este tipo de esquemas van dirigidos a generar una transformación económica, pues el crecimiento acelerado de este fenómeno, tiende a cambiar las costumbres

de la sociedad, la economía y la cultura; de hecho la yo está haciendo, revolucionando al mundo a través de plataformas como Uber, Bla Bla Car, entre otros. (Tamayo, 2014)

Es pertinente tocar un aspecto que ayuda a entender el auge de este tipo de esquemas a nivel global: la crisis económica mundial a partir del año 2008. Las crisis obligan a la gente a usar su creatividad, a ingeniarse formas de salir adelante a pesar de lo que esté sucediendo, enfrentar las situaciones difíciles implica cambiar, buscar alternativas a las formas tradicionales de sustento. Este hecho económico generó desempleo y disminuyó los ingresos de muchas personas, por lo que la gente tuvo que buscar otros métodos para salir adelante. Es aquí donde la *sharing economy* entró a jugar un papel protagónico, pues como hemos venido explicando, normalmente existe un ánimo de lucro en quienes desarrollan actividades basadas en los esquemas colaborativos, lo que posibilita una manera diferente de percibir dinero. (Cañigüeral, 2013)

Por otro lado, la concientización sobre los impactos ambientales derivados del consumo, ha estimulado también el crecimiento de los esquemas de economía colaborativa, pues los consumidores han ido renunciado a la propiedad individual de los bienes y/o servicios y han optado por un acceso compartido de los mismos. Hay quienes incluso afirman que en unos 10 años, los vehículos automotores serán en su mayoría bienes de consumo compartidos. (Radjou & Prabhu, 2015)

Podría decirse entonces que la *sharing economy* es un esquema basado en la confianza y la cooperación, que tiene como objetivo la optimización del uso de los recursos, pudiéndolos utilizar y disfrutar sin necesidad de ser su dueño. Esto se logra a través de la colaboración

entre varios sujetos que se van a ver beneficiados mutuamente, unos por poder usar ese recurso a pesar de no pertenecerles y otros por las ganancias que obtienen al compartirlo.

Se estima que para el 2025 los esquemas de economía colaborativa, pasarán de tener una participación de 15,000 a 335,000 millones de dólares en la economía, sin ser negocios intensivos en capital, gracias a la facilidad conectora de la tecnología. (Newlands, 2015)

2.2 El Derecho de la Competencia en Colombia: breve estudio sobre las principales normas que desarrollan los principios de libertad económica y libre iniciativa privada, consagrados en el art. 333 de la Constitución Política

Colombia es un Estado Social de Derecho que tiene como uno de sus fines propender por la erradicación de la desigualdad social, velando siempre por el interés general sobre el particular (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). En aras de alcanzar una equidad social, el Constituyente previó que el Estado sería el encargado de intervenir en la economía para racionalizarla dentro de los parámetros del Estado Social de Derecho y entendió que sin garantizar la libre competencia, no podría lograrse este cometido.

Es así como el artículo 333 de la Constitución Política establece que:

“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades (...)” y que “(...) “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier

abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”

Lo anterior muestra que nuestro ordenamiento jurídico tiene un interés especial en la economía, dirigido a propiciar y mantener el funcionamiento de un mercado donde impere la sana competencia y para esto, impone como mandato superior, prevenir la existencia de cualquier barrera que impida tener un mercado transparente.

Antes de la entrada en vigencia de nuestra Carta Política de 1991, existía la Ley 155 de 1959, promulgada con el fin de llenar el vacío normativo de aquella época, frente a la regulación de los mercados que existía en Colombia. Dado que ya se había identificado la necesidad de un proteccionismo mayor, para evitar que se presentaran actuaciones que distorsionaran la competencia.

No puede confundirse entonces la regulación de los mercados con la abolición de la libre iniciativa privada, pues nuestro ordenamiento jurídico establece que la empresa es la base del desarrollo y por ende, todo el que quiera iniciar cualquier actividad económica lícita, puede hacerlo de la manera que mejor le parezca o más le convenga. Sin embargo, esa libre iniciativa privada no es ilimitada, pero tampoco puede ser anulada con un exceso de regulación por parte del Estado.

Respecto de lo anterior, se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C- 228 de 2010, en la cual señaló:

“La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre

competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa como un criterio amplio, que en su aspecto más esencial puede definirse como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Empero ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: la libertad de empresa y la libre competencia económica...”

De la experiencia que quedó de la época en que fue expedida la Ley 155 de 1959, se recalcó mediante Sentencia de Constitucionalidad C- 535 de 1997 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz):

“la Constitución no puede, sin recurrir a la ley, concretar en la realidad el principio de la libre competencia económica. Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. (Corte Constitucional, 1997)”

Es por ello que bajo la vigencia de la Constitución de 1991 y de la Ley 155 de 1959, se expide el Decreto 2153 de 1992. Esta norma brindó las herramientas necesarias para que la aplicación de lo contenido en la Constitución y en la ley, fuera más efectiva y en general,

permitió que se radicara en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) el deber de velar por la protección segura y efectiva del derecho a la libre competencia, otorgándole la facultad a dicha entidad de imponer sanciones a todo aquel que llegare a realizar cualquier tipo de prácticas comerciales restrictivas, que atentaran contra el debido funcionamiento del mercado.

El Legislador previó que en la actividad comercial, la buena fe jugaba un papel importante, por esto creó la ley 256 de 1996, en la cual se establecen garantías para que la competencia fuera libre, prohibiendo actos de competencia desleal y otorgando herramientas legales para prevenir y sancionar en caso de que se llegaren a presentar.

Luego de unos años, se actualizó la normativa legal en materia de protección a la competencia y entró a regir la Ley 1340 de 2009, la cual buscó “...*“facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional”*”. (Congreso de la República, 2009)

De acuerdo a lo anterior, las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran reguladas en la Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y la ley 1340 de 2009, bajo el entendido de que allí se plantean los diferentes escenarios en que el Legislador considera que se atenta contra la sana competencia, por lo que son reprochables y traen consigo una consecuencia jurídica. Estas normas van dirigidas a proteger el interés general.

Es importante recalcar que las prácticas restrictivas de la competencia no son equivalentes a competencia desleal; las primeras buscan garantizar libertad de acceso, eficiencia, versatilidad de precios y calidad de los productos o servicios e igualmente que el consumidor

pueda escoger libremente, es decir, son normas enfocadas a la protección del consumidor como tal, lo cual se logra a través de la regulación de la actividad de cualquier participante en el mercado, para que al desarrollarla, no atente contra los derechos de los consumidores. El bien jurídico tutelado aquí es el mercado.

Por otro lado, las normas sobre competencia desleal crean parámetros de conducta dirigidos a que las empresas compitan través de medios leales, es decir que se ajusten al principio de buena fe. Estas normas apuntan a regular el comportamiento entre los comerciantes, empresarios, y en general partícipes del mercado, para establecer patrones de comportamiento entre ellos.

Si bien es cierto que los consumidores se ven indirectamente beneficiados ante una sana competencia, esta normativa apunta más a la interacción entre quienes participan en el mercado y no directamente a la protección de sus derechos, como sí lo hacen las normas específicas sobre las prácticas restrictivas de la competencia (Rubio Escobar, 2007). Aquí el bien jurídico tutelado es la competitividad.

De allí hay que entender, que aunque no son lo mismo, sí hay una estrecha relación entre las prácticas restrictivas y la competencia desleal y es que la última, además de muchas otras, puede manifestarse o darse a través de la materialización de lo que se consideran prácticas restrictivas de la competencia. Para poder entenderlo, procederemos a explicar cuáles son y a dar ejemplos concretos.

2.2.1 Acuerdos restrictivos de la competencia

¿Qué se entiende por un acuerdo restrictivo de la competencia? Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, mediante los cuales arreglan su actuar dentro de un mercado, falseando la competencia, bien sea porque dejan de competir o porque pretenden eliminar a un competidor (Velandia, Derecho de la Competencia y del Consumo, 2011). Esta figura la encontramos consagrada en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992. Un perfecto ejemplo de esta práctica restrictiva sería los que conocemos como “*carteles*”, pues a través de acuerdos entre dos o más agentes, se pactan precios, se arreglan las cuotas de producción o se distribuyen a su discreción los mercados, con el fin de manipular a su antojo las variables de ellos. (Superintendencia de Industria y Comercio).

Lo anterior lo hacen para librarse de la presión que ejercen sus competidores, pues a través del *cartel*, pueden fijar precios más altos, disminuir la variedad y calidad en los productos, cosas que afectan considerablemente a los consumidores. Por el contrario, sin la figura del *cartel*, tendrían que mantener bajos sus precios y trabajar constantemente innovando y creando formas para disminuir los costos y poder sostener esos precios o apuntar a mejorar su calidad, si quieren cobrar un monto mayor por sus productos (Superintendencia de Industria y Comercio).

2.2.2 Abusos de la posición dominante

Para que exista la posibilidad de abusar de la posición de dominio, es necesario tenerla, de lo contrario sería impensable ese abuso. Son comportamientos catalogados como prohibidos para quienes ocupen esa posición dominante, pero no lo son para aquellos que no la ostenten.

Se presenta cuando no hay una competencia efectiva, pues una empresa podrá actuar sin depender de los consumidores ni de los competidores y por tanto manejará todo a su antojo.

La Real Academia de la Lengua Española, define que es dominante aquello que sobresale, prevalece o es superior, con respecto a otras cosas con similitudes cualitativas. Aplicado a un lenguaje y a una situación jurídica, tendrá la posición dominante la empresa que sobresalga o prevalezca sobre las otras de su misma especie. Así las cosas, sabiendo qué es tener la posición dominante, es pertinente mencionar que esto no es contrario a derecho, de hecho es una de las finalidades primordiales de las empresas: crecer y ser reconocidas en el mercado.

Un complemento de la definición descrita en el párrafo inmediatamente anterior, la enuncia el Decreto 2153 de 1992, en el numeral 2 del artículo 45. La posición dominante en el mercado es tener la facultad de determinar, de manera directa o indirecta, las condiciones de un mercado.

Por otro lado, veamos qué entiende la Real Academia de la Lengua Española por abuso. *“Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente algo o a alguien”*. En este caso, el “algo” se refiere a la posición de dominio en el mercado, lo que significa que la empresa que goza de esa posición, saca un provecho ventajoso de ello afectando a los consumidores y a su competencia. (Universidad del Norte)

Un ejemplo claro de esta figura, se encuentra en la Resolución 66934 de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual resuelve el recurso de reposición interpuesto por Comunicaciones Celular S.A COMCEL S.A (Claro), contra la resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013. Allí se confirma la sanción impuesta a Comcel S.A (Claro) por incurrir en prácticas restrictivas a la competencia, al *“obstruir el mercado de la*

Portabilidad Numérica Móvil (PNM) impidiendo o dificultando la portabilidad y vendiendo más de un millón ochocientos mil (1.800.000) teléfonos con bandas bloqueadas, así como abultando las cifras de portabilidad”. Aquí se aprecia que la empresa sancionada, se extralimitó en la toma de decisiones y en el ejercicio de la actividad comercial, aprovechándose de la posición de dominio que ocupa, es decir, si no fuera una empresa que tiene tanto poder en el mercado, le hubiera sido imposible beneficiarse de la materialización de dichas conductas, pero evidentemente tomó ventaja de su posición arbitrariamente, afectando al consumidor y perjudicando también a los demás competidores. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013)

Es importante resaltar que no se puede afirmar que Uber ostente la posición dominante en el mercado Colombiano, pues ni siquiera es reconocido por éste como una empresa legal, es decir, al señalarse, como en efecto se ha hecho por parte del Estado, que Uber está incumpliendo con las normas relativas al transporte público de pasajeros, o dándole un alcance ilegal al transporte especial de pasajeros, se elimina la posibilidad de preguntarse si estamos ante una empresa que ocupe la posición de dominio, pues no se puede tener la misma cuando no se tiene reconocido el estatus de actividad legal. Ahora, en caso de que sea reglamentada la actividad, sería posible que existiera dicha posición de dominio, mientras no ingresen al país otras de las aplicaciones que existen a nivel internacional, diseñadas como esquemas colaborativos que solucionan problemas relacionados con el transporte de pasajeros.

2.2.3 Actos restrictivos de la competencia

Se entiende que los actos restrictivos de la competencia son “...*los actos contrarios a la publicidad que afecten a los mercados, la influencia de acuerdo de precios y la negativa a la venta*” (Velandia, Derecho de la Competencia y del Consumo, 2011). Son prohibiciones que se hacen no a una empresa en específico, sino en general a todo el universo de comerciantes, respecto de los actos mencionados anteriormente que de una u otra forma, pudieren llegar a perturbar el mercado. Se encuentran regulados en el artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

En este tipo de prácticas restrictivas, se enmarcan la gran mayoría de acciones y/o conductas que atentan contra la sana competencia, es decir, actos que configuran competencia desleal. Más adelante enunciaremos, según la ley, cuáles son.

2.2.3.1 La publicidad engañosa

La publicidad es una forma de promocionar los productos en el mercado y sus beneficios. Permite lograr la recordación de los productos por parte los consumidores. La publicidad es un acto unilateral, expresado por diferentes medios (auditivos, visuales, entre otros), pues es una parte la que trata de venderle su producto a los consumidores, de dibujarles una idea llamativa para que les atraiga, se interesen en él y finalmente lo compran. Esto es totalmente válido entre los comerciantes, de hecho es vital para la existencia de los mismos, pero no puede hacerse a discreción de sus voluntades, ni darle a los consumidores la información que a ellos les parezca, sino que están sujetos a unas reglas de juego, dirigidas a generar un consumo transparente y real.

Si no se respetan esas normas y principios, entramos al terreno de la publicidad engañosa. Cuando la publicidad llega a dañar el mercado, cuando hay errores que atentan contra la

libertad empresarial, de precios y de los consumidores al escoger qué comprar y qué no. Todo esto va en contra de normas jurídicas, especialmente contenidas en el Estatuto del Consumidor, pero lo importante del asunto es que dañan al mercado, es por esto que sólo podrán sancionarse aquellas que efectivamente lo logren,

2.2.3.2 Acuerdo de precios

Se considera que son propuestas para acordar entre los competidores un precio fijo sobre un(os) producto(s), que impiden que los precios se fijen naturalmente por las variables del mercado: oferta y demanda. Estos acuerdos producen fallas en el mercado al establecer caprichosamente un precio sobre un producto, que no tendría por qué manejarse al antojo de quienes lo ofrecen. El sujeto que exige la fijación del precio por lo general tiene una posición dominante respecto de los demás. La regulación de esta figura, se encuentra en el numeral 2 del art. 48 del decreto 2153 de 1992.

2.2.3.3 Negativa a la venta o discriminación como consecuencia de la política de precios

Sobre la negativa a la venta o discriminación como consecuencia del establecimiento de una política de precios, "... Las empresas cuentan con libertad para determinar con quién adelantarán la distribución de sus productos. Sin embargo, dentro de dicha relación deben observar unos parámetros de conducta principalmente en lo relativo al precio de reventa..." (Velandia, Derecho de la Competencia y del Consumo, 2011).

2.2.3.4 Competencia desleal: entendida como un subgénero dentro de los actos restrictivos de la competencia

La competencia desleal consiste en una serie de actos considerados por la ley como restrictivos de la competencia, es decir, son unas conductas desplegadas por los agentes económicos que tienen la potencialidad de distorsionar el mercado.

Según los artículos 8 al 19 de la Ley 256 de 1996, los actos constitutivos de competencia desleal pueden ser:

- “...Actos de desviación de la clientela
- Actos de desorganización
- Actos de confusión
- Actos de engaño
- Actos de descrédito
- Actos de comparación
- Actos de imitación
- Explotación de la reputación ajena
- Violación de secretos
- Inducción a la ruptura contractual
- Violación de normas
- Pactos desleales de exclusividad... (Congreso de la República, 1996)”.

A continuación, describiremos cada uno de los actos que se consideran como desleales.

- ***Actos de desviación de la clientela***

La ley 256 de 1996 en su artículo ocho contiene esta figura. Las conductas que pretendan o que efectivamente invadan el camino en la toma de decisiones de la clientela, redirigiéndolos a otra actividad, a optar por diferentes prestaciones mercantiles o a dirigirse a establecimientos ajenos, se considerará un acto de desviación de la clientela, si y solo sí, se hace a través de medios desleales, pues de no ser así, es un comportamiento totalmente natural entre quienes compiten en el mercado.

Siempre habrá una carrera entre quienes persiguen llamar la atención del consumidor y lograr que opte por un producto o servicio y no por otro, pero lo reprochable del asunto surge cuando se ven involucradas conductas deshonestas e inmorales, pues la ley las tilda como captación indebida de la clientela y son estas las que resultan sancionables (Superintendencia de Industria y Comercio, 2006)

La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de Casación Civil, ha dicho de manera reiterada que:

“(...) actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas prácticas mercantiles (...)” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2006)

- ***Actos de desorganización***

Están consagrados en el artículo nueve de la ley 256 de 1996. Todo acto que vaya dirigido a generar desorden al interior de una empresa, en las prestaciones mercantiles o en el

establecimiento ajeno, será considerado un acto de desorganización, toda vez que altera el funcionamiento normal de la empresa y lo convierte en un caos; pero además tendrá que ser un comportamiento significativo, tal como lo expresa la Superintendencia de Industria y Comercio, pues de no cumplir con estos últimos requisitos no podría tacharse como un acto reprochable.

En la sentencia 3289 de 2012 de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto al artículo nueve (9) de la ley 256 de 1996 se expresa que:

“No obstante la redacción de dicho precepto, su interpretación se debe efectuar dentro del marco de la deslealtad, pues no es admisible que en el contexto de la ley de competencia desleal, se entienda que el mero resultado de desorganizar a un competidor es, en sí mismo y con independencia de las circunstancias que rodearon al caso, constitutivo del acto reprochable en comento, pues es viable la presentación de actos cuya realización implique necesariamente la desorganización de una empresa que, sin embargo, no están inmersos en una conducta desleal”. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012)

- ***Actos de confusión***

Se encuentran en el artículo 10 de la ley 256 de 1996. Lo que cree o tenga la potencialidad de crear malos entendidos en cuanto a elementos distintivos o característicos en una empresa, en las prestaciones mercantiles o en el establecimiento de comercio ajeno es un acto de confusión. Esto no se refiere a los logos, tipografías o diseños de marca, pues para esto hay un régimen sancionatorio especial contenido en las normas sobre propiedad intelectual.

Se genera una confusión en sentido estricto cuando la conducta genera una mezcla de

identidades y en sentido amplio cuando hacen pensar que entre quienes se genera la confusión, tienen algún tipo de vínculo, cuando en realidad no lo hay.

- ***Actos de engaño***

Consagrado en el artículo 11 de la ley 256 de 1996. Se refiere a las conductas que busquen inducir al consumidor al error, sobre las prestaciones, actividades mercantiles o el establecimiento ajeno, haciéndole pensar que cuenta con ciertas características que en realidad no tiene, ciertas propiedades de las que en realidad no goza o que su origen es otro diferente al verdadero.

Se induce a error al consumidor por dos vías:

- a) Se afirman cosas incorrectas o falsas.
- b) Se omite verdadera información o características de un servicio o bien

- ***Actos de descrédito***

Artículo 12 de la ley 256 de 1996. Difundir o usar información falsa o incorrecta, omitir lo verdadero, que vaya dirigido a desacreditar la actividad, las prestaciones mercantiles, el establecimiento ajeno o las relaciones mercantiles de otro, salvo que sean pertinentes, veraces y precisas.

La imagen o reputación de una persona, marca, bien o servicio, se ven afectados con este tipo de actos. Lo relevante aquí no es la falsedad de la información que se difunda, sino que realmente se afecte la imagen o reputación de lo descrito anteriormente.

- ***Actos de comparación***

Plasmados en el artículo 13 de la ley 256 de 1996. Cuando se equipara una cosa públicamente con la otra, bien sea la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento de comercio de un tercero, usando aseveraciones falsas o incorrectas u omitiéndola verdad, se dice que hay un acto de comparación. Lo anterior se hace con el fin de establecer las semejanzas o diferencias entre lo que se esté comparando.

En caso de hacerse, dichas comparaciones deben ser ciertas y comprobables, tiene que ser posible identificar o al menos debe ser identificable por el receptor, lo que se está enfrentando en la comparación.

- ***Actos de imitación***

Artículo 14 de la ley 256 de 1996: “*La imitación de las prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre salvo que estén aparadas por la ley (...)*” También lo son las estrategias y los incentivos. Pero, ¿cuándo es desleal? Cuando genere confusiones sobre su verdadero origen o se saque provecho indebidamente de la reputación de otro.

- ***Explotación de la reputación ajena***

Consagrada en el artículo 15 de la ley 256 de 1996. Cuando se saca provecho para sí mismo o para otro, de la reputación que ha creado una empresa, persona o marca en el mercado, se está en el terreno de la explotación de la reputación ajena, que a otro le costó construir y lo que se reprocha es que quien no se esfuerce la construcción de ella, se vea beneficiado.

Para que pueda hablarse de esta figura, debe chequearse un elemento objetivo: que en realidad quien alega que su reputación le fue explotada, efectivamente goce de la misma,

pues de no ser así, no tendría sentido abogar por una cosa que no se tiene.

- ***Violación de secretos***

Se encuentra regulada en el artículo 16 de la ley 256 de 1996. Cuando sin autorización se difunde o utiliza información confidencial de carácter empresarial o industrial, puede hablarse de una violación de secretos.

¿Qué se entiende por secreto empresarial? Cualquier información que no se haya divulgado y tenga potencial para utilizarse, siendo desconocida e inaccesible, se considera información secreta. También porque tenga un valor importante o porque su creador tuvo razones para mantenerla en secreto. (Comisión de la Comunidad Andina, 2000).

- ***Inducción a la ruptura contractual***

Artículo 17 de la ley 256 de 1996. Cuando se incentiva a trabajadores, proveedores, clientes y otros, a incumplir sus obligaciones contractuales que en su momento contrajeron con su competencia, con el fin de beneficiarse de las consecuencias derivadas de esa ruptura.

- ***Violación de normas***

Consagrada en el artículo 18 de la ley 256 de 1996. Cuando se saca una ventaja significativa frente a un competidor, gracias a haber violado una norma. Deben ser normas referidas a la regulación del comportamiento del mercado.

Cuando se pretende demandar por esta causal, es necesario invocar la norma que se cree violada y explicar de qué manera se infringe. Lo que se sanciona entonces no es la violación de la norma en sí, sino la ventaja que se obtuvo al hacerlo.

Esa ventaja elimina la igualdad que supone la competencia entre los agentes, pues quien

esté sacando provecho con la violación de esa norma, estará disminuyendo sus costos de manera desleal, cosa que se reflejará en incremento en sus utilidades, mientras que quienes no están violando la norma, no tendrían ese beneficio de disminuir sus costos y por ende, se ven limitados para competir con el infractor en igualdad de condiciones.

- ***Pactos desleales de exclusividad***

Artículo 19 de la ley 256 de 1996. En principio se entendía como el acuerdo establecido en un contrato de suministro sobre cláusulas de exclusividad. La Corte Constitucional condicionó la aplicación de este artículo, únicamente a los actos que pretendan restringir la oferta del mercado o crear un monopolio en este tipo de contratos (suministro). (Corte Constitucional, 1997)

Ya conociendo en qué consisten los diferentes actos constitutivos de competencia desleal, se puede apreciar que en la gran mayoría de procesos iniciados ante la Superintendencia de Industria y Comercio, no se demanda únicamente por uno de ellos, sino por varios, lo que indica que todos los actos que se explicaron anteriormente, están íntimamente conectados y/o relacionados. Esto lo confirma el hecho de que la misma entidad, en muchas de sus sentencias, sanciona a los responsables por el hecho de haber incurrido En varios de los actos que se consideran como desleales.

2.3 La tributación en la economía tradicional.

Uno de los principales cuestionamientos que se realizan a los esquemas de economía colaborativa, es que por estar basados en lo que se ha denominado como *economía digital*, es decir, negocios que no son intensivos en bienes de capital ni infraestructura, sino que

desarrollan su objeto a través de aplicaciones móviles, que en muchos casos están alojadas en servidores ubicados en países con bajas tasas impositivas, terminan con cargas tributarias mínimas o nulas en los países en los que operan, lo que genera una brecha en las cargas impositivas aplicables a éstos frente a las impositivas a los agentes económicos que participan en la economía tradicional.

Con el propósito de entender un poco la carga tributaria aplicable a un negocio desarrollado bajo esquemas de economía tradicional, se realizará un breve recuento de los impuestos aplicables a las sociedades en Colombia, para entender dónde se están generando las brechas impositivas y proponer algunas soluciones.

2.3.1 El impuesto sobre la renta y complementarios

Señala el Estatuto Tributario Colombiano que son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, todas las personas jurídicas (sociedades y sus asimiladas) domiciliadas en Colombia y las entidades extranjeras que obtengan rentas de fuente nacional,, directamente o a través de sucursales o establecimientos permanentes.

El impuesto sobre la renta y complementarios grava las utilidades obtenidas por los contribuyentes dentro de un ejercicio gravable. Se debe entender como “*utilidad*” la obtención de ingresos susceptibles de generar un incremento patrimonial en la sociedad. El impuesto sobre la renta y complementarios comprende también el impuesto a la ganancia ocasional, el cual grava el ingreso o utilidad de la empresa por la venta esporádica de un bien que no hace parte del giro ordinario de sus negocios, o por la ocurrencia de un hecho económico excepcional, como recibir una donación, herencia o legado, o ganarse la lotería.

Se considera un impuesto, pues el sujeto pasivo no recibe una contraprestación directa por el pago. Se trata de un impuesto del orden nacional, pues tiene cobertura en la totalidad del territorio y los ingresos derivados del mismo hacen parte de los ingresos tributarios de la nación.

Es un impuesto directo, pues no es trasladable, teniendo en cuenta que grava un resultado económico: la obtención de utilidades.

Adicionalmente, se trata de un impuesto de carácter personal, pues debe consultar la capacidad de pago del sujeto pasivo.

2.3.2 El impuesto sobre la renta para la equidad CREE

Este impuesto se creó a partir de la ley 1607 de 2012 para financiar el sistema de Protección Social, particularmente el SENA, ICBF y el sistema de seguridad social en salud, de tal forma que se redujo la tarifa nominal de renta del 33% al 25% para las empresas y a su vez, las eximió, para sus empleados que devenguen hasta diez (10) -SMLMV- de la obligación de hacer los aportes parafiscales a los subsistemas mencionados. Sin embargo, para compensar esta eliminación y garantizar el presupuesto de estas entidades tan importantes para la política social, estableció el nuevo impuesto sobre la renta para la equidad, CREE, cuya tarifa para el año 2015 es del 9%. Adicionalmente, la ley 1739 de 2014, estableció una sobretasa a dicho impuesto del 5% para el 2015, la cual aumentará progresivamente hasta alcanzar el 9% en el año 2018, de tal forma que para ese período gravable la tarifa de tributación en Colombia será del 43%.

El régimen especial por su parte, aplicable a las entidades sin ánimo de lucro, se basa en la determinación de un beneficio neto o excedente anual que usualmente se encuentra exento

del impuesto sobre la renta y que eventualmente podría estar gravado a una tarifa del 20%. Los contribuyentes que pertenecen a este régimen no se encuentran obligados a aplicar el sistema de determinación de la renta por comparación patrimonial ni por renta presuntiva.

Por último, el régimen de retenciones en la fuente como impuesto a cargo, es usualmente aplicable a los no declarantes del Impuesto sobre la Renta, cuyos ingresos han sido objeto de las retenciones en la fuente previstas en los Artículos 407 al 411 del Estatuto Tributario, de tal forma que al no tener la obligación formal de declarar renta, las retenciones que les practican se convierten en su impuesto definitivo.

2.3.3 Impuesto a la Riqueza

De acuerdo a lo establecido en la ley 1739 de 2014, se genera por la posesión de riqueza al 1° de enero del año 2015, cuyo valor sea igual o superior a \$1.000 millones de pesos. Para efectos de este gravamen, el concepto de riqueza es equivalente al total del patrimonio bruto del contribuyente poseído en la misma fecha, menos las deudas a cargo del mismo en ese momento

Son contribuyentes del impuesto a la riqueza las personas naturales y jurídicas, en el caso de las personas jurídicas sin residencia en el país, serán sujetos pasivos las sociedades y entidades extranjeras que tengan un establecimiento permanente o sucursal en Colombia. La base gravable corresponderá al patrimonio atribuido al establecimiento o sucursal, lo anterior según lo dispuesto en la ley 1739 de 2014.

2.3.4 Impuesto sobre las Ventas

El IVA es un impuesto del orden nacional, indirecto, que grava la venta de bienes o la prestación de servicios en el territorio nacional, la importación de bienes muebles y la circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar, con excepción de las loterías.

Como regla general se considera venta todos los actos que impliquen la transferencia del dominio a título gratuito u oneroso de bienes corporales muebles, según lo establecido en el art. 420 del Estatuto Tributario.

2.3.5 Gravamen a los movimientos financieros

El gravamen a los movimientos financieros es un impuesto indirecto e instantáneo que recae sobre las transacciones financieras mediante las cuales los contribuyentes dispongan de recursos depositados en sus cuentas de ahorro o corrientes., así como sobre el giro de cheques de gerencia, lo anterior se encuentra regulado en los art. 870 y siguientes del Estatuto Tributario.

2.3.6 Impuesto de Industria y Comercio y Avisos y Tableros

El Impuesto de Industria y Comercio, establecido en la ley 14 de 1983, es un impuesto de carácter municipal cuyo hecho generador es la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios dentro de la jurisdicción municipal, bien sea que se realice de forma directa o indirecta.

La base gravable del impuesto está constituida por los ingresos brutos obtenidos durante el período gravable.

Si adicionalmente a la realización de la actividad industrial, comercial o de servicios, se colocan avisos o tableros en las vías públicas o visibles desde éstas, o en vehículos, se

configura el impuesto complementario de avisos y tableros, que corresponde a un porcentaje de lo pagado por industria y comercio.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, se tiene que los descritos son los impuestos aplicables a una sociedad residente fiscal en Colombia, con las particularidades indicadas para las sociedades extranjeras. El propósito ahora es identificar cuáles son las diferencias que se generan al desarrollar un negocio bajo los esquemas de la economía tradicional, frente a aquellos que hemos denominado como colaborativos:

En conclusión, una sociedad Colombiana sujeta a todos los impuestos en el país, que realice una inversión de \$100 en un bien de capital para desarrollar su negocio, y partiendo del supuesto de que esa inversión genera unos ingresos anuales de \$10, (es decir una tasa de retorno del 10%), significa que al cabo de 10 años esa empresa habrá tenido una tasa efectiva de tributación del 52,6%, de acuerdo a lo anterior, producir \$100 a esa sociedad colombiana le costó \$52,6.

La situación de un negocio desarrollado bajo el esquema de la economía colaborativa es bastante distinta, toda vez por su modelo de operación no estaría sujeto a los impuestos que le aplican a aquellos llevados a cabo bajo esquemas tradicionales. Piénsese por ejemplo en una sociedad domiciliada bajo las leyes de Holanda, que realiza su operación en Colombia a través de una aplicación móvil alojada en un servidor en las Islas Vírgenes Británicas, ¿Cómo sería su tributación en el país?

Lo primero que se debe mencionar es que las personas jurídicas sin residencia fiscal en Colombia tributan en el país por sus rentas de fuente nacional, es decir, si no tienen una sucursal o establecimiento permanente, su tributación será a través de la retención en la fuente que les sea practicada por sus pagadores. Ahora, una sucursal es un establecimiento de comercio abierto en Colombia por una sociedad con domicilio en el exterior, por medio del cual emprenden negocios en el territorio nacional estando sus mandatarios facultados para representarla legalmente. Un establecimiento permanente, por su parte, es una figura regulada en el Estatuto Tributario, art. 20-1, que lo define como un lugar fijo de negocios ubicado en el país, a través del cual una empresa extranjera, ya sea sociedad o cualquier otra entidad del exterior, realiza toda o parte de su actividad.

Se resalta que el art. 20-2 del Estatuto Tributario indica que los establecimientos permanentes y sucursales de sociedades extranjeras serán contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios por las rentas atribuibles a la sucursal o el establecimiento. Es decir, tributarán a las tarifas estipuladas para las sociedades colombianas por las rentas que se hayan generado por el desarrollo de la actividad en Colombia.

Sin embargo, en el caso concreto, tenemos a una sociedad incorporada bajo las leyes de Holanda, que no tiene una sucursal en Colombia. La siguiente pregunta es si se puede hablar o no de un establecimiento permanente. La noción principal de esta figura es el tener un lugar fijo de negocios, definición que se torna problemática si se tiene en cuenta que todas las actividades de la sociedad se desarrollan a través de una aplicación móvil, y el servidor está alojado en las Islas Vírgenes Británicas.

Si continuamos desarrollando el concepto de establecimiento permanente, encontramos que el art. 20-1 señala en su párrafo 1 que *“no se entiende que una empresa tiene un establecimiento permanente en el país por el simple hecho de que realice sus actividades a través de un corredor o agente independiente, siempre que esas personas actúen dentro del giro ordinario de su actividad”*, igualmente, continúa el párrafo 2 señalando *“no se entiende que una empresa extranjera tiene un establecimiento en el país cuando la actividad realizada por dicha empresa es de carácter exclusivamente auxiliar o preparatorio”*.

De lo anterior se colige que existe un margen de interpretación muy amplio que permitiría concluir que una empresa basada en la economía colaborativa tiene rentas de fuente nacional sin un establecimiento permanente ni sucursal, lo que haría que tribute a través de las retenciones en la fuente que le practican sus pagadores, pero en este caso, al tratarse de esquemas donde quienes participan son personas naturales, éstas por regla general no son

agentes de retención, de tal forma que la empresa basada en la *sharing economy*, terminaría declarando por el art. 592 del Estatuto Tributario, y en principio, aquí se igualarían las cargas tributarias, sin embargo, se genera la discusión de si las rentas son de fuente nacional, y es bastante probable que se afirme que al no tener establecimiento permanente en Colombia, y teniendo en cuenta que lo que hace Uber es facilitar una plataforma tecnológica alojada en un servidor en el exterior, no estamos en presencia de un ingreso de fuente nacional, esto, aunado a lo anteriormente expuesto, conllevaría a que la tributación de la aplicación en el país se iguala a cero.

Si se compara con lo que le cuesta generar los mismos ingresos a un negocio que opere bajo un modelo de economía colaborativa, partiendo de la base de que los dueños de los bienes de capital son los consumidores que prestan los servicios, y que el negocio no tiene un establecimiento permanente ni sucursal en el país, la diferencia es bastante drástica, pues en términos impositivos, al esquema colaborativo producir los \$100 durante 10 años, le cuesta \$0 en impuestos.

3. Desarrollo del problema

3.1. La Competencia Desleal en los esquemas de economía colaborativa: una aproximación al problema

En este capítulo estudiaremos en qué consiste el contrato de transporte y cuáles son sus clasificaciones. Para hacer más claro el ejercicio, una vez se haya desarrollado lo mencionado, pasaremos a explicar en cuál de las clasificaciones se encuentra un esquema colaborativo como Uber y por qué no en las otras.

Adicionalmente, buscaremos identificar si un esquema de la economía colaborativa como Uber, incurre en prácticas restrictivas de la competencia.

3.1.1 El contrato de transporte

El artículo 3 de la Ley 105 de 1993, contiene lo que se entiende por transporte público y los principios a los que este contrato está sujeto. Dentro de esos principios se consagra la accesibilidad de las personas a este servicio y la necesidad de que el Estado regule el tema, para mantener la calidad y seguridad del mismo, pues si bien en principio el contrato de transporte es de naturaleza comercial, al darle la categoría de transporte público, se asegura esa supervisión estatal. El gobierno reglamenta las condiciones del contrato de transporte, tanto público como privado, pero en el último la intervención es menor.

El Código de Comercio colombiano describe el contrato de transporte como:

“ARTÍCULO 981. CONTRATO DE TRANSPORTE. Subrogado por el art. 1, Decreto 01 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario.

El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales.

En el evento en que el contrato o alguna de sus cláusulas sea ineficaz y se hayan ejecutado prestaciones, se podrá solicitar la intervención del juez a fin de que impida que una parte se enriquezca a expensas de la otra”. (Congreso de la República, 1971).

A grandes rasgos, se puede decir que el contrato de transporte se divide en público y privado. El primero, a su vez, se subdivide en transporte público especial e individual. Para efectos del caso de estudio, nos centraremos en el transporte público individual, bajo el entendido de que empresas como Uber están dentro de esta clasificación.

En lenguaje cotidiano, se observa que Uber es una empresa que presta servicios de transporte de manera cualificada, bajo altos estándares de calidad de la siguiente manera: por un lado están las personas dueñas de vehículos adscritos a Uber, quienes hacen un proceso de incorporación para que se les admita ingresar a una plataforma virtual como transportadores. Por otro lado, están las personas contratantes, que por medio de la misma plataforma, ingresan sus datos personales junto con un medio de pago electrónico. Una vez ambas partes están dentro de la plataforma, el contratante puede solicitar en cualquier momento el servicio a través de ella. El prestador de servicio únicamente tiene que aceptar la solicitud del

contratante y dirigirse a la dirección otorgada por él; allí lo recogerá y lo llevará al lugar que éste le indique. Funciona mediante una aplicación virtual y los usuarios pagan con su tarjeta de crédito.

Comencemos por definir qué determina el carácter público en un contrato de transporte:

- a. Primacía del interés general sobre el particular.
- b. Autorización y habilitación por autoridad competente para prestar este tipo de servicio en la modalidad solicitada.

3.1.1.1 El transporte público especial

Es aquel que se presta solo por empresas de transporte legalmente constituidas y habilitadas para ello, que cuenten con la autorización necesaria por la autoridad competente, para celebrar este tipo de contratos bajo esta modalidad. La autorización para la prestación de este servicio está a cargo del Ministerio de Transporte. El servicio es prestado a un grupo calificado de personas, pues comparten entre ellos características comunes. Ejemplos de este grupo serían: transporte de turismo, estudiantes, empleados, discapacitados, entre otros.

El decreto 348 de 2015 afirma que para contratar este servicio, debe hacerse directamente con la persona natural o jurídica prestadora del mismo. Además, el Estado obliga a quien lo presta, hacerlo mediante un documento escrito entre la persona contratante y el prestador del servicio.

Los prestadores de este tipo de servicios no pueden decidir libremente transportar a una persona individual, pues el servicio está limitado a prestársele a aquellos grupos que comparten características especiales, tal como lo mencionamos en párrafos anteriores.

Esta última característica, en armonía con la explicación básica que se dio acerca del funcionamiento de Uber, nos permite entender por qué esta empresa no se encuentra dentro de este grupo, pues si llegaran a prestar este tipo de servicio, estarían incurriendo en la infracción de la norma denominada “*cambio de servicio o servicio no autorizado*”. (Presidencia de la República, 2003)

3.1.1.2 El transporte público individual

El transporte público individual está dirigido a satisfacer las necesidades que le puedan surgir a cualquier persona, para movilizarse de un lado a otro. Este tipo de servicio está sometido a una predeterminación de tarifas por el Estado y no a discreción de quienes lo prestan.

El decreto 172 de 2001, contempla que las empresas autorizadas para prestar este servicio, deben contar con equipos que hayan sido matriculados para ello. Se vincula un vehículo a una empresa de transporte público, simplemente estando dentro de su parque automotor. Posteriormente, esto se formaliza mediante un contrato que se perfecciona entre la empresa y el propietario. Luego, con el fin de oficializar todo lo anterior, se procede a expedir la tarjeta de operación por parte de la autoridad competente. (Presidencia de la República, 2001)

3.1.1.3 ¿Cuál es la verdadera naturaleza del servicio prestado por Uber?

¿Qué es entonces Uber? ¿Servicio de transporte público o privado? Es notorio que cumple con todas las características del servicio de transporte público individual, mas no cumple con los requisitos legales exigidos.

Muchos dicen que Uber es una plataforma virtual que facilita la comunicación entre los dueños de los vehículos y las personas contratantes y que lo que se perfecciona allí es un contrato de arrendamiento temporal. La anterior es una forma, por decir lo menos, ingenua de pretender evadir la norma.

Una cosa es el cómo se adquiere el servicio y otra muy distinta lo que es el servicio como tal. Si efectivamente se tratara solo de un puente de comunicación ¿qué pasaría entonces con aquellos taxis de servicio público individual que se encuentran adscritos a plataformas virtuales como Easy Taxi, Tappsi, entre otros? ¿Dejarían de ser taxis?, es decir, ¿perderían la calidad de transporte público individual por el hecho de haber sido contactados por un aplicación virtual?

La respuesta a lo anterior es previsible. El taxi no deja de ser taxi, ni mucho menos se altera la naturaleza del servicio que presta. Es indiferente si el servicio se adquiere a través de una operadora telefónica, extendiendo la mano en la calle o por medio de un mecanismo virtual. Lo mismo sucede con Uber. Prestan un servicio de transporte a una persona individual, que no necesita ser un grupo cualificado (como en el caso del transporte público especial), sino que puede tratarse de cualquier persona que decida contratar. Lo anterior se realiza con el objetivo de satisfacer una necesidad de movilización y eso no es más que la descripción del servicio público de transporte individual.

Otros argumentan que por las características diferenciadoras entre el servicio prestado por un taxi y un Uber, Estos resultan distintos y por tanto no se les puede aplicar las mismas normas. No encontramos ningún asidero en esta afirmación toda vez que el hecho de que un servicio tenga mejor calidad que otro no hace que no le sean aplicables las reglas propias de la actividad.

3.1.2 Esquema de economía compartida (Uber) vs. Esquema tradicional (Taxis): un análisis bajo la óptica de las prácticas restrictivas de la competencia

Habiendo establecido cuál es verdaderamente la naturaleza del servicio de transporte que presta Uber, procederemos a comparar este esquema de economía colaborativa con el tradicional: los taxis; para poder hacer un análisis ligado a las prácticas restrictivas de la competencia, en especial, en materia de competencia desleal (actos restrictivos de la competencia), pues de entrada es allí donde advertimos las principales brechas entre el esquema colaborativo y el tradicional.

3.1.2.1 Acuerdos restrictivos de la competencia (carteles)

Si se estudia detenidamente lo contenido en el grueso de esta monografía y una vez se haya entendido qué son y cómo funcionan Uber y los taxis, es fácil concluir que de estos dos esquemas no se puede predicar la existencia de ningún tipo de acuerdo restrictivo de la competencia.

En primer lugar, porque entre estos dos grupos hay un déficit de comunicación, presupuesto que sería esencial para poder lograr un acuerdo, pues como la misma palabra lo indica, para acordar algo es necesaria la interacción y concurrencia de dos o más voluntades, encaminadas en la misma dirección. Evidentemente, la posición de los defensores del servicio de taxis es opuesta a quienes defienden el servicio prestado por Uber.

Otro aspecto interesante, es que entre ellos en ningún momento se falsea la competencia, todo lo contrario, la competencia se manifiesta allí en su máxima expresión de una manera muy natural. Los precios de ambos son totalmente diferentes, es claro que no hay un pacto de por medio sobre este aspecto. No se necesita ser un experto en economía ni en derecho, pues con la simple apreciación cotidiana, se ve que no hay nada acordado entre dichos grupos, más bien se aprecia la actitud competitiva entre ellos.

3.1.2.2 Abusos de posición dominante

Para el análisis de esta práctica, también se requiere tener muy presente lo expuesto anteriormente. Para que haya un abuso de una posición dominante, lo primero es que alguien goce de esa posición. ¿Cuál de los dos esquemas la tiene en este caso? ¿Uber? ¿Los taxis? La respuesta es sencilla: ninguno. Ambos tienen una participación en el mercado, pero teniendo que el servicio de taxi es prestado por varios agentes económicos, en la actualidad no es posible afirmar que ninguno de éstos tiene la posición dominante, así mismo, tampoco se puede decir que la tiene Uber.

Así las cosas, si se concluye que ninguno de los dos grupos ostenta la posición dominante en el mercado, es irrelevante continuar con el análisis.

3.1.2.3 Actos restrictivos de la competencia

En cuanto a los actos restrictivos de la competencia, vale la pena detenerse a analizar uno por uno, pues como se explicó en el capítulo anterior, la mayoría de veces que alguien alega ser víctima de competencia desleal, no lo es únicamente por uno de los actos restrictivos, sino por varios de ellos.

Es posible afirmar, que en el desarrollo de los servicios prestados por Uber, con respecto al esquema tradicional y particularmente en materia de competencia desleal, se incurre en *actos de desviación de la clientela, y violación de normas*. (Congreso de la República, 1996)

Tal y como se expuso, al realizar la comparación entre el sistema de transporte público, especial e individual, y el servicio prestado por Uber, se identificó que este último está violando las normas relativas al servicio de transporte público, argumentando, entre otros, que se trata de una empresa de tecnología que lo que hace es conectar a un usuario con un conductor privado, lo cual, como se señaló anteriormente, resulta insuficiente pues no es posible evadir el cumplimiento de la norma, amparándose en una interpretación amañada de la misma, teniendo en cuenta que más allá del esquema, se pretenda mostrar la realidad, que como se expuso, es que la actividad desplegada por el esquema colaborativo, se enmarca en el servicio de transporte público y por tanto le son exigible las normas vigentes para el mismo.

Según lo descrito, Uber está incurriendo en un acto de competencia desleal, ya que no solamente se verifica que no está cumpliendo con la norma aplicable a la actividad económica que desarrolla, sino que a partir de la inobservancia de dicha norma, está obteniendo una ventaja competitiva frente a los prestadores del servicio de transporte público que sí cumplen con la norma, pues al ser menos oneroso participar en el mercado a través del esquema no tradicional, se incrementan las utilidades gracias a que los costos de producción del servicio son inferiores, lo que conlleva necesariamente a que se genere una distorsión en la competencia.

Particularmente, las normas que encontramos violadas por Uber, son la Ley 105 de 1993 y Ley 336 de 1996, que establecen las disposiciones generales del transporte nacional. El decreto 172 de 2001 que regula el servicio público individual y el Decreto 348 de 2015 de transporte público especial..

La violación de la norma, al suponer una ventaja anticompetitiva, supone naturalmente que se incurra en desviación de la clientela, pues los agentes económicos que operan a través del esquema tradicional, ven migrar a sus clientes a los esquemas colaborativos, quienes, como se explicó, cuentan con una ventaja obtenida deslealmente.

3.2. Retos en materia fiscal en la Economía Digital.

Gobiernos de todo el mundo han manifestado en distintos escenarios su preocupación por la baja o nula tributación que reportan los modelos de economía colaborativa, lo que termina

siendo un problema de erosión de la base imponible y el traslado de utilidades (BEPS, por sus siglas en Inglés).

En el año 2013, los países miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico y del G20 unieron esfuerzos trabajando conjuntamente para presentar lo que se ha denominado como el plan de acción BEPS, que recoge los principales retos en materia de fiscalidad internacional resumidos en 15 áreas estratégicas, todas encaminadas a prevenir y evitar que los distintos esquemas de negocio, tanto tradicionales como digitales erosionen la base imponible y trasladen utilidades a países con baja o nula imposición. En resumen, el plan de acción está encaminado a garantizar que los beneficios se graven allí donde se realizan las actividades económicas que los generan y donde se crea valor.

La primera acción del referido plan, se centra en buscar identificar la planificación fiscal llevada a cabo por empresas multinacionales que se aprovechan de las lagunas en la interacción entre los distintos sistemas tributarios, para disminuir artificialmente las bases imponibles o trasladar los beneficios a países o territorios de baja tributación en los que realizan poca o ninguna actividad económica.

Dentro de las principales conclusiones que se han alcanzado en el análisis se resaltan las siguientes (OCDE, 2014):

- La economía digital es el resultado de un proceso de transformación desencadenado por las tecnologías de la información y la comunicación. Esta conclusión hace alusión a que se trata de un proceso sin reversa, es decir, que cada vez avanzará más y crecerá, de tal forma que los Estados deben estar conscientes de que es un fenómeno que llegó para quedarse.

- Teniendo en cuenta que la economía digital se está convirtiendo cada día más en la economía propiamente dicha, resultaría una tarea bastante difícil tener que delimitar y separar el radio de acción de la economía digital de la tradicional para efectos fiscales.
- La economía digital es objeto de una constante evolución, de ahí la importancia de supervisar toda perspectiva de futuro y posibles avances para determinar su impacto en los sistemas tributarios.

Para el caso Colombiano, luego del análisis comparativo, en el que se evidenció que existe una brecha muy importante entre la tributación aplicable al desarrollo del negocio bajo un esquema tradicional, frente a llevarlo a cabo a través de un modelo colaborativo, es necesario entonces determinar con qué herramientas se cuentan para disminuir estas diferencias y particularmente, responder a la pregunta de cómo lograr equiparar las cargas tributarias imponibles a ambos esquemas.

El punto determinante que lograría equiparar la tributación de ambos esquemas, está en la noción de establecimiento permanente. Si es posible cerrar la interpretación amplia del concepto y se moderniza, con el fin de incluir en el mismo, que no es necesaria la presencia física en el territorio nacional para considerar que existe un establecimiento permanente, sino que basta valorar los intangibles que son explotados en el mismo, tales como la marca, el uso de la aplicación móvil, entre otros, para hablar de establecimiento permanente. Estos esquemas colaborativos serían sujetos pasivos de los impuestos aplicables a los residentes fiscales nacionales, por las rentas y operaciones atribuibles al establecimiento permanente.

En conclusión, sí existe una oportunidad legislativa de cerrar la brecha entra la carga impositiva aplicable a uno y otro esquema, dependerá entonces de la voluntad del legislador, el adelantar una reforma legislativa en este sentido.

4. Conclusiones

A la luz de las normas relativas al Derecho de la Competencia, los esquemas colaborativos sí pueden obtener ventajas que se pueden considerar desleales, en virtud de la inobservancia de las normas que les aplican a los modelos desarrollados bajo esquemas tradicionales. En el caso concreto que se ha analizado, esto es, Uber, se encontró que existe una violación directa de las normas aplicables al servicio de transporte público, lo que constituye un acto de competencia desleal.

Los esquemas colaborativos basados en la economía digital, tienen una carga impositiva sustancialmente menor o nula, frente a las altas cargas tributarias que soportan los esquemas de la economía tradicional, lo cual, aunado a que los primeros se ven beneficiados deslealmente al no cumplir con determinadas normas aplicables a la actividad desarrollada, genera una distorsión en la competencia, lo que hace necesario la intervención de legislador, de tal forma que ambos esquemas soporten las misma tributación, cosa que se podría lograr, como se explicó, ampliando el concepto de establecimiento permanente.

El reto del legislador es propiciar que ambos esquemas, puedan convivir de manera que se les permita competir en condiciones de igualdad. De tal forma que el exceso de regulación frente a los esquemas colaborativos, únicamente conllevaría a desconocer los modelos económicos que imperan en el mundo globalizado, situación que denotaría la incapacidad institucional del Estado para integrar los nuevos esquemas que están moviendo la economía en la era actual.

Bibliografía

- Congreso de la República. (24 de julio de 2009). *Alcaldía de Bogotá*. Recuperado el septiembre de 2015, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36912>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). *Superintendencia de Industria y Comercio*. Obtenido de <http://www.sic.gov.co/drupal/practicas-restrictivas-de-la-competencia>
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la Competencia y del Consumo* (Segunda ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rubio Escobar, J. (2007). *Derecho de los Mercados* (Primera ed.). Colombia: Legis.
- Congreso de la República. (1996). *Secretaría Senado*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0256_1996.html
- Sentencia C 228 de 2010 (Corte Constitucional 2010).
- Sentencia C 535 de 1997 (Corte Constitucional 1997).
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2006). Compendio de doctrina y jurisprudencia de competencia desleal. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 3289 de 2012, 10-134822 (Superintendencia de Industria y Comercio 2012).
- Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486. Art. 260 y 262 (2000).
- Sentencia C 535 de 1997 (23 de octubre de 1997).
- The New York Times. (9 de febrero de 2015). Some French guy has my car. *The New York Times* , págs. 28-33.
- Radjou, N., & Prabhu, J. (21 de febrero de 2015). El auge de la economía áustera. *El Espectador*.
- Bostman, R., & Rogers, R. (2010). *What's mine is yours* (1ª Edición ed.). Nueva York, Nueva York, Estados Unidos: Harper Collins.
- Tamayo, L. (22 de octubre de 2014). Cinco claves para entender la economía colaborativa. España.
- Cañigual, A. (2013). *El ideario*. Recuperado el agosto de 2015, de Los motores del consumo colaborativo.

Newlands, M. (17 de julio de 2015). The Sharing Economy: why it works and how to join. *Forbes* .

Congreso de la República. (1971). *Código de Comercio*. Recuperado el septiembre de 2015, de Alcaldía de Bogotá: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>

Presidencia de la República. (2001). Recuperado el septiembre de 2015, de Alcaldía de Bogotá: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4309>

Presidencia de la República. (21 de noviembre de 2003). *Alcaldía de Bogotá* . Recuperado el octubre de 2015, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10797>

Expediente 14-077765 (Superintendencia de Industria y Comercio 3 de septiembre de 2015).

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado el septiembre de 2015, de Alcaldía de Bogotá: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

OCDE. (2014). Recuperado el septiembre de 2015, de Proyecto OCDE/G20 de erosión de la base imponible y traslado de beneficios: <http://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>

Superintendencia de Industria y Comercio. (marzo de 2006). *Superintendencia de Industria y Comercio*. Recuperado el octubre de 2015

Superintendencia de Industria y Comercio. (marzo de 2006). *Superintendencia de Industria y Comercio*. Recuperado el octubre de 2015, de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/compendio/Competencia_Desleal.pdf

Universidad del Norte. (s.f.). *Universidad del Norte*. Recuperado el 2015, de <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488391/Abuso+de+posición+de+dominante+mediante+aplicación+de+condiciones+discriminatorias+en+operaciones+equivalentes+Caso+Satena>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2013). *Superintendencia de Industria y Comercio*. Recuperado el 2015, de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Resoluciones/2013/Resolucion_66934_2013.pdf

Velandia, M. (2011). Derecho de la Competencia y del Consumo. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

